



POR MIGVELDE AZQVE, VEZINO de la Ciudad de Seuilla.

CON

Bautiſta Serra, vezino de Genoua.

En Granada, por Blas Martinez impreſſor de libros, Año de 1635.



EL pũto y dificultad deste pleyto es, sobre a qual de las dos partes pertenece el censo de por vida de quinientos ducados de rẽta en cada vn año, que Alexandro Grimaldo cōmpró del Duque de Ossuna sobre su Estado, y en especial sobre las rentas de Moron; y quien ha de ser preferido en el.

2 ¶ Miguel de Azque pretende el dicho censo, y funda su prelacion, en vna cedula que en catorze de Diziembre de 1630. el susodicho, y Alexandro Grimaldo hizieron, declarando auerse ajustado de cuentas, y del ajustamiento resultar alcançado Alexandro Grimaldo en 982U680. marauedis, en moneda de plata doble; y para hazerle pago de la dicha cantidad, le dà el dicho Alexandro Grimaldo poder en causa propia para que pueda cobrarla de los bienes y hazienda de Rodrigo de Tapia difunto, con la calidad siguiente. *Y los aurà cobrado por todo el año proximo venidero de mil y seyscientos y treynta y vno, sin que para ello tenga obligacion de hazer diligencia alguna. Y si por algun accidente, o otra causa ninguna el susodicho no vuiere cobrado las dichas 982U680. marauedis, DESDE Luego para entonces, doy poder y cesion en su cabeça y fecho propio, para que pueda vender, o tenerse para si, quinientos ducados de renta que yo tengo, por la vida del señor Duque de Ossuna, situados sobre todos sus alimentos, y particularmente sobre lo que le paga la villa de Moron, como parece por escritura que passò ante Francisco Seron de Castro, escriuano publico, en veinte y quatro de Iunio deste presente año de 1630. otorgada por Pablo de Herrera Tribiño Contador del dicho señor Duque de Ossuna, en virtud de poder suyo. EMPEZANDOLE A gozar en primero del dicho año de mil y seysciẽtos y treynta y vn años en adelante, sacando dellos recaudos a su nombre, o de quanto el quisiere, como mas a su derecho cõuenga, e para todo lo susodicho, y este dicho poder, HAZIEN-*

ZIENDOLE *Señor de los dichos quinientos ducados de renta, poniendole en mi lugar y derecho sin reseruar ninguno.* Y esto con que el dicho Miguel de Azque auia de pagar de mas del dicho alcance 353U020. marauedis, porque la dicha cesion y venta la hazia por 1. quento 336U700. marauedis en plata doble. Y Miguel de Azque acetò todo lo referido, y ambos se obligaron en forma a[illegible] con sus personas y bienes, sumision, y clausula guarentigia.

3 ¶ Y esta cedula parece se presentò ante el teniête de Seuilla en 26. de Março de 1631. por Miguel de Azque, pidiendo su reconocimiento, y por mandado de la justicia, el dicho dia la reconocio por ante escriuano Alexandro Grimaldo. Y en virtud della despuès en seys de Otubre de 1632. el dicho Miguel de Azque otorgò poder y cesion en fauor de Luys Aleman, para que cobrasse la renta del dicho censo de aquel año, el qual en diez y seys de aquel mes y año, requirio con la cesion al Capitan Vicencio de Viacaua, juez administrador de las rentas de Moron, para que le pagasse y por auer otros embargos no pudo tener efeto. Y por esta causa boluio a retroceder en el dicho Miguel de Azque, como parece del testimonio que està fol. 134. y del fol. 120. cum seqq. de lo compulsado.

4 ¶ Baptista Serra pretende ha de ser preferido, y le pertenece el dicho censo en virtud de la escritura de venta, que con poder de Alexandro Grimaldo, dado en tres de Otubre de 1630. a Iuan Bautista Grimaldo vezino de Genoua, el susodicho otorgò en fauor de Geronymo Marin, de quien tiene cesion el dicho Bautista Serra.

5 ¶ Y assi supuesto, que en lo que consiste la dificultad es, en qual delos dichos dos titulos es mejor, y por qual dellos se adquirio el dominio del dicho censo, o quien de las dichas dos partes deue ser preferido, procuraremos en este discurso fundar la prelacion de Miguel de Azque, y de su titulo, excluyendo la pretension y derecho de Bautista Serra.

6 ¶ Aunque Bautista Serra pretende que por tener en su fauor instrumento publico, y Miguel de Az que solamente vna cedula particular, esto solo le bastaua para ser preferido, por no interuenir en la dicha cedula los requisitos de la *l. scriputras., C. qui potiores in pignor. habeantur*. Lo cierto es, que antes Miguel de Az que no tiene necessidad de llegar a tratar de la prelacion en virtud de la prioridad de su titulo; pues solamente atendiendo al valor y solenidades de ambos instrumentos, parece llano su mejor derecho.

7 ¶ Porque quando estuuieramos en los terminos de la dicha *l. scripturas, C. qui potiores*, que procede cum de prioritate hypothecæ, inter creditores agitur, y la estendieramos a nuestro caso de competencia entre dos compradores, y que pretenden el dominio de la cosa vendida, se limita quando aunque no por testigos, ni por los quisitos de la dicha ley, sed aliunde, consta de la verdad de la cedula particular, porque como la hypoteca, o la compra y venta no requieren ad sui substantiam scripturam, sed solo consensu contrahuntur, *l. contrahitur, ff. de pignor. l. 1. ff. de contrahend. emp. princip. instit. eod. l. contractus, C. de fide instrument*. Los requisitos y solenidades de la dicha *l. scripturas*, no se han de juzgar puestas ni expressadas pro forma, sed solum ad probotionem; y para euitar la suposicion de fechas que puede auer en las cedulas particulares: y assi quando consta auerse celebrado primero el contrato de la cedula particular, y no auerse antepuesto la fecha, deue preferirse el que en ella se funda, aunque no ayá interuenido los requisitos *de l. scripturas*, vt animaduertunt Bald. *in dict. l. scripturas, n. 15.* versi. *Tu dic plenius*, & ibi etiam gloss. *num. 3.* idem Bald. *consi. 168. volum. 1.* Dom. Couarr. *practic. cap. 22. num. 5.* versic, *Poterit tamen*, Franc. Bursat. *consi. 103.* Ioan. Gutierr. *lib. 1. practicar. quæst. 125. num. 5.* Vincent. de Franch. *decis. 95. num. 6. 7. & 8.* Nicol. Genua, de *script. priuat. lib. 1 quæst. 8. conclus. 2. num. 12. & 13.*

8 ¶ Y ninguna prouança puede auer mas concluyente de la anterioridad de la dicha cedula al instrumento de venta en que se funda Bautista Serra, que el

reco-

reconocimiento judicial, y ante escriuano que hizo Alexandro Grimaldo de la dicha cedula en veynte y seys de Março, de 1631. que viene a ser nueue dias antes que se otorgasse la dicha escritura de venta en Genoua, porque esta se otorgó en tres de Abril de 631. Y no tiene duda, que auiẽdo reconocimiento anterior judicial, o ante escriuano, de la cedula prrticular, cesse la disposicion de la *l. scripturas*, y por lo menos desde el dia del reconocimiento, obre como si fuera instrumento publico en perjuyzio de qualquier tercero, vt post Bald. & Angel. obseruat. Anton. Gabr. *commun. titul. de probat. concl.* 10. *nume.* 10. Petr. Cauallus, *consil.* 121. *num.* 6. Nicol. Genua, *vbi proxime, num.* 14. & quam plures adducens Ioann. Gutierr. *dict. quæst.* 125. *à num.* 3. Vincent. de Franch. *decis.* 95. *in fin.* De suerte q̃ de la verdad de la dicha cedula y de su anterioridad, no se puede dudar, ni tiene defeto alguno que se le pueda oponer.

9 ¶ Y la escritura de venta de que se vale Bautista Serra padece notorios defetos que la hazẽ inualida, y de ninguna consideracion. Lo vño, porque el poder que suena ser de Alexandro Grimaldo, en cuya virtud otorgò la dicha venta Iuan Bautista Grimaldo vezino de Genoua, es ninguno por faltarle el requisito mas sustancial, que es la firma de la parte, iuxta text. *in l.* 32. *titul.* 11. *part.* 5. ibi: *Firmada con testigos. l.* 13. *titul.* 25. *lib.* 4. *recopilat.* ibi: *Y si las partes las otorgarẽ las firmen de sus nombres, y sino supieren firmar, firmen por ellos qualesquiera de los testigos, o otro que sepa escriuir.* vbi notat Azebed. *num.* 41. Auendañ. *de Exequend. lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 2. Porque como del parece, aunque el escriuano dize, que la parte lo firmò, consta por su misma inspeccion de lo contrario, & sic per rei euidentiã, quæ est probatio cæteris præstantior, *l. penult.* cum ibi notat, *ff. fin. regund.* Bart. in *l. contra negantem, ad fin. C. ad leg. Aquil.* Afflict. *decis.* 107. *à num.* 5. Farinac. *decis.* 407. *num.* 3. *part.* 2. *nouissimarum.* Y assi faltando el poder, fue nula la venta, y todo lo que en su virtud se hizo.

10 ¶ Lo otro, porque tambien la dicha escritu-

ra de venta està defetuosa, por no auer interuenido mas que dos testigos, deuiendo ser tres, conforme a la *l.* 54. *titul.* 18. *part.* 3. ibi: *Tomen por testigos tres omes buenos.* Y aunque el otorgamiento fue en Genoua, donde se està a la disposicion de derecho comun, conforme a ella tambien quando el negocio es de calidad (como el nuestro) que excedit libram auri, deben interuenir por lo menos tres testigos, vt cum Calcaneo *consil.* 124. *in fin.* Pando *tract. de præsentat. instrum. par.* 1. *declarat.* 6. *nume.* 33. & alijs obseruat Carol. de Gras. *de except. except.* 19. *num.* 38.

11 ¶ Pero quando lo dicho cesara, y el poder, y escritura de venta de q̃ se vale Bautista Serra, no padeciera los dichos defetos, y estuuiera todo legitimamẽte comprobado, adhuc Miguel de Azque tiene notoria prelacion, ora se juzgue auer sido en nuestro caso necessaria la tradicion para la adquisicion de el dominio, iuxta *l. traditionibus, C. de pactis.* Y que consiguientemente hemos de estar en los terminos de la *l. quoties, C. de reiuendicat.* ora se tenga por no necessaria la tradicion, sino que por ser venta y contrato de cosa incorporal se transfirio el dominio por sola la venta y cesion, absque alio actu traditionis, iuxta *l.* 1. *&* 2. *C. de obligat. & act. l.* 3. 4. *& fin. C. de hæreditat. vel actione vendit.*

12 ¶ Porque si se juzga que en nuestro caso fue necessaria tradicion para la adquisicion del dominio, no la vuo en el contrato de venta de que se vale Bautista Serra, porque ni vuo entrega de escritura, ni clausula de constituto, ni otro alguno de los actos porque se transfiere la possesion y dominio; y el contrato solo de venta no fue bastante para obrar estos efetos, aũque interuiniessen en el las palabras, *vendidit, tradidit, &c.* iuxta text. in *l. prædia,* 48. *ff. de acquirend. possess.* cum ibi traditis per gloss. Bart. & ceteros, Rebuf. *tom.* 3. *ad constitut. Galic. tract. de mater. possessor. in præfat. num.* 87. Bartol. *in l.* 2. *num.* 4. & ibi Bald. *num.* 5. *C. de acquirend. possess.* Mascard. *de probatio. conclus.* 1190 *à num.* 12.

13 ¶ Sin que pueda valerse de que despues por

el

el año de 633. quando se intentò este pleyto, presentò la escritura y titulo del dicho censo, conque parece se ha de presumir auersela entregado la parte, o los mandatarios en su nombre, y consiguientemente, auerse transferido en el la possession por la entrega de el dicho titulo, iuxta tex. in *l. 1. C. de donat. l. labeo 2. ff. de pact.* Porque se responde, que para que obre el acto, ficto de translacion de possession que se induze por la entrega de la escritura, es necessario que conste realmente de la entrega, vt ex *dict. l. 1. C. de donat.* apparet ibi: *Donatis, & traditis.* & ex *dict. l. labeo 2.* ibi: *Et redi derim cautionem.* Y no bastara hallarse despues en poder del comprador, sino consta que se la entrego, y dio el vendedor, pues la pudo auer de otra parte, o sin darse la el vendedor, ad tradita per Castrens. in *l. 2. num. 5. ff. de pact.* & ibi communiter Doctores, Baldum, in *l. vnica, §. ille autem, num. 1. C. de latin. libert. tolend. & consil. 83. lib. 3. Crauet. consil. 500. num. 12.* Menoch. *lib. 3. præsumpt. 140, num. 21. & præsumpt. 141. nu. 7. & 8.*

14 ¶ Demas, que la decision de la dicha *l. 1. C. de donat.* no procede en la entrega de instrumentos de derechos, o otras cosas incorporales, eo enim casu, por ella no se transfiere el dominio, o possession, ni obra el efecto que en las cosas corporales, vt tradit Imol. per text. ibi, in *l. vltim. ff. de donat.* Vincent. Herculanus, *in l. 3. num. 18. ff. de acquiren. poßes.* Rebuf. *in dict. tract. de mater. possessor. in præfat. num. 83.* ibi: *Insuper requiritur quòd illa instrumenta contineant res corporales, & iura illarum; diuersum est si continerent nomina debitorum, quia tunc actionum non censeretur facta esse traditio, nec possessio debiti, &c. Et num. 84.* donde habla en terminos de instrumento de censo.

15 ¶ Y no auiẽdo como no ay acto alguno de entrega, porq̃ se pueda pretẽder auerse adquirido a Bautista Serra el dominio y possessiõ del dicho cẽso, absq; dubio, deuia ser preferido Miguel de Asque, aunque no tuuiera por su parte acto alguno de possession, por ser su titulo y contrato primero, cum enim nulli emptorem traditio est facta, prior debet preferri, argum.

text.

text. in *l. in operis, 29 ff. locat.* cuius verba sunt: *In operis duobus simul locatis conuenit priori conductori ante satisfieri.* Et ibi notant glos. Bart. Alberic. & cæteri. Anton. Gom. *tom. 2. var. cap. 2. num. 20.* ibi: *Circa istam l. quotiens dico, quod procedit, quando constat quod vni est prius tradita res: si verò non esset tradita, vel non constaret, sed ambo concurrant ad petendam rem coram Iudice, teneo absque dubio, quòd primus sit præferendus, &c.*

16 ¶ Y la razon que todos dan es, porque aũ que sea cierto que quando concurrẽ muchos acreedores personales, nullus præfertur ex anterioritate temporis, iuxta *l. priuilegia, ff. de priuileg. credit.* Esto procede quando las acciones son ad pecuniam, vel interesse: secus verò quando creditores agunt ad factum sibi præstandum, vel tradendam aliquam rem, quia cum hoc factum sit merè indiuiduum, *l. 2. §. ite si in facto, ff. de verbor. obligat.* & omnibus non possit præstari, seu insolidum tradi; ideò es justo que se prefiera el primero, vt omnes supradicti benè obseruant.

17 ¶ Y menos se podrà dezir por Baptista Serra, que su contrato es primero, porque aunque la venta que se otorgò en Genoua fuesse en tres de Abril de 1631. y assi posterior a la cedula y reconocimiento en que nos fundamos, no se ha de atender este tiempo, si no el en que se otorgò el poder que Alexandro Grimaldo dio a Iuan Baptista Grimaldo para vender el dicho censo, que fue en tres de Otubre de 1630. anterior a nuestra cedula, y q̃ desde entonces se deue computar la anterioridad, pues en virtud y execucion del dicho poder se celebrò despues la venta en Genoua.

28 ¶ Porque se responde, que el contrato de compra y venta no està perfecto, ni se juzga celebrado, ni tiene subsistencia, hasta que de re & pretio certo inter partes conuentum est, *l. 1. §. fin. l. 2. l. in venditionibus, 9. ff. de contrah. empt. l. 2. l. empti fides, C. eod. princip. Instit. eod. l. 1. & 6. tit. 5. p. 6.* Y assi por dar poder a vn mandatario para que en nombre de la persona que lo dà venda vna cosa, no se puede preten-

 der

der que desde el otorgamiento del dicho poder se à de juzgar celebrada la venta, pues hasta entonces, y mientras el mandatario no llega a executarlo, y concertar la venta con persona y precio cierto, no ay conuencion alguna, y puede por no hallar persona a quien vender, o por no concertarse, o por otras muchas causas no llegar a tener efeto, ideoque aliud venditio, aliud mandatum devendendo in iure iudicatur: y aunque estè prohibida la venta, no lo està el dar poder para otorgarla, porque mientras no llega a celebrarse, venditio non dicitur, nec prohibitioni legis contrauenitur, text. est elegans, in *l. quod sæpè, 35. §. si quis amico, ff. de contrah. empt.* Donde se dudò, si vno dá poder a vn amigo suyo para que pueda buscar y vender vn esclauo fugitiuo, y este auiendole hallado en virtud del mandato precedente lo vende, se diran ambos auer incurrido en el Senatus Consulto, y ley Flauia de plagiarijs, qua prohibitum erat seruos fugitiuos vendere. Y responde el Consulto, que ni el señor que dio el poder incurrio en el Senatus Consulto, porque no fue visto vender con solo dar poder para ello, ibi: *Nec ipse contra Senatus Consultum commisit, quia non vendidit*, ni el mādatario, porque al tiempo que celebrò la venta estaua ya aprehendido el esclauo, y no fugitiuo, y desde entonces se ha de juzgar celebrada y perfecta, non verò desde el otorgamiento del poder, ibi: *Nec amicus eius, quia præsentem vendidit. Emptor quoque qui præsentem emit, rectè negotium gerere intelligitur*, & ibi notant Bald. Alberic. & cæteri, Nicol. Boer. *decis. 48. n. 10.* Statil. Pacific. *de Saluian. interdict. inspect. 1. c. 6. n. 56.* & Rota Roman. *decis. 44. nu. 6. post eundem tractat.*

19 ¶ Y por esta causa, aunque celebrada vna vez la venta nulli contrahentium, licet ab ea recedere, *l. 1. & 2. C. quando liceat ab emptione disced.* tamen hoc non procedit in mandato ad vendendum, porq mientras no se ha puesto en execucion, quandocunque potest reuocari, *l. si verò, 12. §. si mandauero, l. si mandassem, 15. l. si quis, 27. §. 1. ff. mandat.* glos. vltim. & ibi

& ibi etiam Bart. Bald. & cæteri, in *l.* 1. *ff. de contrah. empt.* quinimo por solo vender el señor en el intermedio tiempo la cosa, ad quam vendendam antea mandatum alij dederat, se juzga, y tiene por reuocado el poder que auia dado, vt infrà ex num. probabimus.

20 ¶ Demas que quando se huuiera de tener consideracion a los actos que ay de possessiō y exercicio de los dichos contractos, ninguno se hallarà de parte de Iuan Baptista Serra: y de Miguel de Azquesi, porque en seys de Otubre de 1632. parece otorgò poder y cessiō en fauor de Luys Aleman, para que cobrasse la renta del dicho censo de aquel año; y en diez y seys del dicho mes, requirio Luys de Aleman con la dicha cessiō al Capitan Vicencio de Viacaua, Iuez administrador de las rentas de Moron, para que le pagasse, o se diesse por embargado, vt supr. diximus n. 3.

21 ¶ Pero si se tiene por mas cierto (como verdaderamente lo es) que en las ventas, o cessiones de los cēsos, por ser de derechos incorporales, vt ex Ancharr. *cons.* 30. *num.* 4. Rodrig. *lib.* 2. *de annuis reddit. q.* 21. *n.* 6. Cancer. *lib.* 3. *c.* 1. *n.* 162. & alijs tradit Mar. Giurb. *decis.* 117. *nu.* 5. no es necessaria tradicion, porque lo mismo obra en ellos la cessiō que la tradicion en las cosas corporales, quo ad dominij translationem, *l. vltim. C. quando fisc. vel priuat. l. ex legato,* 18. *C. de legat.* & ibi Bald. *n.* 2. Gratian. *disceptat.* 310. *n.* 2. & innumeros adducens, latissimè Mier. *de maiorat.* 1. *p. q.* 40. *ex n.* 2 *cum seqq.* Auendañ. *in l.* 44. *Taur. glos.* 4. *n.* 17. *&* 19. Y que assi el primer comprador, o cessionario se ha de preferir al segundo indistintamente, sin que pueda en este caso proceder la decision de la *l. quotiens,* vt per text. in *l. non quocumque,* §. *qui Caium, ff. de legat.* 1. *l. qui duos, ff. de legat.* 2. tradunt Bart. & cæteri, præsertim Ias. *à nu.* 5. *in d.* §. *qui Caium,* Bald. *cons.* 216. *n.* 4. *vol.* 2. Bertazol. *de clausul. instrumentor. claus.* 29. *glos.* 2. *nu.* 6. Cardin. Tusch. *liter. C. conclus.* 183. *à nu.* 1. Mar. Giurb. *decis.* 104. *per tot.* Y en terminos de censos Auendañ.

de

de censib. cap. 61. n. 2. post med. ibi: *Pro quibus considero, quod in iuribus incorporalibus adquiritur ius, dominium, & possessio absque vlla corporali traditione, &c. Vnde in creatione census consignatiui, vbi nulla interuenit rei censualis traditio, nec alienatio, vt sæpius dictum est, sed potius ius incorporale seruitutis, nulla eius traditio est necessaria, sed ex sola venditione transfertur ius in rem, & consequenter non procedet in eo censu regula, d. l. quotiens, &c.* Necessariamente se ha de confessar ser mejor el derecho de Miguel de Azque, y notoria su prelacion, pues primero fue su contrato de cesion y venta que el otorgado en Genoua, en que Baptista Serra se funda, vt latè supr. firmauimus.

22 ¶ Contra esto se opone por Baptista Serra (y es en lo que principalmente insiste) que procediera si la venta y cesion de que Miguel de Azque se vale, fuera pura, non verò, siendo como es alternatiua, o condicional, para en caso de no auer cobrado dentro de vn año de los primeros efetos q̃ Alexandro Grimaldo le cedio contra los bienes y hazienda de Rodrigo de Tapia, porque aunque despues se cumpliesse esta alternatiua, o condicion, no pudo retrotraherse, ni obrar en perjuyzio del derecho ya adquirido en el intermedio tiempo à Geronimo Marin, en virtud de la venta y cesion que se le auia otorgado en Genoua.

23 ¶ Pero esta objeccion facil y concluyentemente se excluye, considerando, que la cesion y venta otorgada por Alexandro Grimaldo del dicho censo en fauor de Miguel de Azque, no fue alternatiua, como de contrario se quiere dar a entender, hoc est, para que cobrasse las 982U. 680. marauedis de los bienes de Rodrigo de Tapia, o que se hiziesse pago dellos en el censo sobre que es este pleyto, sed potius fue condicional, para en caso que no se le huuiessen pagado dentro de vn año los dichos 982U. 680. marauedis de los bienes de Rodrigo de Tapia, y desde luego para entonces, verificandose la condicion le otorgò cesion y venta de el dicho censo, como de las palabras de la cedula, referidas suprà, n. 2.

n.2.claramente se conoce. Y assi es indubitable que la dicha venta y cession fue propiamente condicional, como en caso mas apretado lo prueua el texto, in *l.decem* 116.*ff.de verbor. obligat.* ibi: *Non enim sunt duo rei Mæuius, & Titius eiusdem obligationis, sed Mæuius sub conditione debet, si à Titio exigi non poterit, &c.* Y por todo el dicho texto lo và fundando el Consulto, y que la obligacion de Meuio, que fue (como en nuestro caso la cession, y venta del censo) para en caso de no poderse cobrar de otro, es condicional, y se le han de dar todos los efetos de las obligaciones condicionales.

24 ¶ Y en nuestro caso tiene esto menos dificultad, aduirtiẽdo, q̃ no solo la sustancia de la obligacion, como en el caso de la dicha *l.decem*, obra y induze condicion, sino que por las mismas palabras con que se formò el contrato se induze claramente, ibi: *Y si por algun accidente, o otra causa ningunna el suso dicho no huuiere cobrado, &c.* porque la diccion, *si*, denotat conditionem, maximè quando iungitur (vt in præsenti) verbo futuri temporis, l. 1. vbi Bart. *n.* 2. & 3. & cęteri, *l.quibus diebus, §.quidam Titio, ff.de condit. & demonstrat.l.* 1. *§.si quis, ff. de verb. obligat.* Bald. *consl.*150.*n.*7 *lib.*5. Castrens. *consl* 259.*columm.*2. *lib.* 1. vbi quod precisse conditionem importat, & plures cumulans Barbos. *de dict. dict.*364.*á n.*1.

25 ¶ Siendo, pues, la dicha venta y cession condicional, statim quedò perfecta, etiam ante euẽtum conditionis, *l.necessario*, 8. *§. quod si pendente, ff. de pericul. & commod. rei venditæ.* De suerte, que ninguna de las partes, amplius ab ea discedere poterat, glos. in d. *l.necessario*, verbo, *perfectam, & in l.* 1. *in princip. C.eod.tit. & in §.*1. *Instit. de empt. & vendit.* Tiraquel. *de retract. lignag. §.*1.*glos.*10. *n.* 43. Ant. Gom. 2.*tom. var. c.* 11.*n.*30. Lasart. *de decim. vendit. c.*1.*n.*1. Dom Pichard. *in §.emptio.*6. *num.* 5. *Inst. de empt. & vendit.*

26 ¶ Por que la condicion en los contractos, obra solamente suspension, quo ad petitionem, & eorum executionem, *l. cedere diem*, 213.

ff. de verbor. signific. pero no en quanto a la perfeccion del acto, porque desde luego queda perfeto, & ex præsenti dicitur vires capere, vt in *l. vsusfructus,* 26. ibi: *Quia ex præsenti vires accipit stipulatio, quamuis petitio ex ea suspensa sit, ff. de stipulat. seruor. l. si filius familias,* 78. ibi: *Quia in stipulationibus id tempus expectatur, quo contrahimus, ff. de verbor. obligat.* Y aun pendiẽte la condicion qui sub ea stipulatus est, creditor iudicatur, *l. is cui, 42. ff. de obligat. & action.* ibi: *Quamuis eum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse, l. creditores, 12. ff. de verbor. signif.* propriè, & non per fictionem, secundum Vaconium á Vacuna, *lib. 3. declarat. c. 45. à n.* 8. Anton. Fabr. *lib. 15. coniect. c. 6.*

27 ¶ Y por lo menos es indubitable, que cumpliendose despues la condicion, obra el contracto, no desde el tiempo de la existencia de la condicion, si no desde el de su celebracion, como si desde su principio huuiera sido puro, *dict. l. necessario, §. quod si pendente,* ibi: *Quasi iam contracta emptione in præteritum, ff. de pericul. & commod. rei venditæ, l. sub conditione, 16.* ibi: *Postea conditione existente intelligitur iam olim liberatus, ff. de solut. l. fin. §. Titius,* ibi: *Si extiterit conditio, duæ puræ sunt, ff. de vulgar. & pupil. substit. d. l. si filius familias, 78. ff. de verbor. obligat. l. qui Balneum, 9. l. potior, 11. ff. qui potiores in pignor. habeant.* cum simil. Anton. Gom. *2. tom. var. c. 11. n.* 30. Dom. Couarruu. *pract. c. 39. n. 2.* vers. 3. Latè Lasart. *de decim. vendi. c. 5. ex n.* 10. *cum seqq.* Dom. Pichard. *in §. sed hactenus, n. 8. inst. de milit. testam. & in §. cum autem, 3. n. 3. inst. de empt. & vendit.* Tiraq. *de retract. lig. §. 1. gl.* 10. *à n.* 43. *&* 49. Ioan. Iutierr. *de gabel. q.* 8. *a n.* 1. *&* 8. Anton. Fabr. *lib. 15. coniect. c. 6. &* 7.

28 ¶ Y aunque esto es controuertido en las condiciones potestatiuas, y se suelen dar en ello diuersas distinciones, vt apparet ex Dom. Couarruu. *d. c. 39. pract. n. 2.* vers. *Tertio,* & latè traditis à Lasart. *d. c. 5. a n. 11.* Gutierr. *d. q. 8. a n. 9.* en todas las demas que no son potestatiuas, que se reduzen a casuales, o mixtas, es textual y corriente la conclusion que

dexa-

dexamos fundada en el num. precedente, sin que tẽga, ni pueda tener contradictor alguno.

29 ¶ Y assi auiendo sido en nuestro caso la condicion que se puso no potestatiua, porque no pẽdia del arbitrio y voluntad de Alexandro Grimaldo el cobrar o no Miguel de Azque dentro del tiempo que se puso la cantidad que se le deuia de los bienes de Miguel de Tapia, sino casual, o mixta, por pender de hecho de tercero, y de auer bienes, o no, iuxta distinctiouem text. in *l. suus quoque, §. puto, ff. de hæredib instit. l. 1. §. sin autem, C. de caduc. tollend.* text. etiam optim. *in l. 1. C. de instit. & substit.* & tradita vtrobique per DD. & per Galganet. *de condit. & demonstrat. p. 1. c. 2. n. 18.* Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 183. à n. 9.* & plures adducens Dom. Castill. *lib. 4. controuers. c. 25. n. 68. & 69.* Menchac. *lib. 3. controuers. q. 93. in princip.* no se puede dudar de que sin ser necessaria declaracion, o interpelacion alguna, eo ipso que dentro del año no huuo cobrado, ni se le pagò de los bienes de Rodrigo de Tapia, se cumpliò la condicion, iuxta tex. *in l. 4. §. fin. ff. de leg. commissor. l. Traiectitiæ, 22 ff. de obligat. & act. l. talis scriptura 33.* vers. *Sed & si sub conditione, ff. de legat. 1.* sin que pudiesse despues purgarse, aunque se ofreciesse la paga, *l. si intra quinquennium, 23. ff. de statu lib. l. thais, §. intra, ff. de fideicom. libert.* y consiguientemente llegò a tener efeto la venta y cessión del dicho censo hecha en fauor de Miguel de Azque, y se ha de juzgar auer tenido toda perfeccion, no desde el tiempo de la existencia de la condicion, sino desde el de la celebracion del contrato, como si desde el principio purè factus fuisset, *vt latè suprà diximus*, & in conditione mixta tradunt Bald. Angel. & cæteri, *in l. 1. & in l. potior, 11. ff. qui potiores in pignor. habeant.* Bart. *in l. si is qui pro emptore, 5. q.* vbi omnes præsertim Ias. *à n. 311. & 314. ff. de vsucap.* Negusant. *de pignor. 2. memb. 5. p. à n. 9.* Tiber. Decian. *cons. 73. n. 76. lib. 1.* Anton. Fab. *lib. 15. coniectur. c. 7.* Felician. *lib. 3. de censib. c. 5. n. 19.* Ioan. Gutierr. *allegat. 4. n. 16.* qui duo vltimo loco adducti conditionem, *si non soluerit* (qne es la nuestra)

casua-

casualem, & non mixtam appellant.

30 ¶ Ex quo necessario infertur, que pues por no auer cobrado, ni pagadosele a Miguel de Azque de los bienes de Rodrigo de Tapia dentro del año por qualquier accidente, o causa, sin que tuuiesse obligacion de hazer diligencia alguna, se cũpliò la condicion, sub qua facta erat venditio, & cessio nostri census, *vt supr. diximus*, & clarè apparet de las palabras de la cedula, referidas en el n.2. ibi: *Y los aurà cobrado por todo el año proximo venidero de mil y seyscientos y treynta y vno, sin que para ello tenga obligaciõ de hazer diligencia alguna, y si por algun accidente, o otra causa ninguna el susodicho no huuiere cobrado las dichas 982U680. marauedis, &c.* Y por la existencia de la dicha condicion se ha de juzgar auer tenido consumado efeto la dicha venta y cession, no desde el tiẽpo de la existencia, sino desde el tiempo de la celebracion, quo ad omnes iuris effectus, tanquam si à principio fuisset purè celebrata; el dominioque por ser de derecho incorporal, solamente por la venta y cessiõ se transfiere, se à de tener tambien por transferido desde el tiempo de la celebracion, y fecha de la cedula. Y que assi prius translatum fuit en Miguel de Azque, que en Geronimo Marin, de quien pretende tener causa Iuan Baptista Serra, & consequenter que es mejor su derecho que el del dicho Baptista Serra.

31 ¶ Sin que esto se impida por dezir, que la retrotraccion que se dà en los contractos condicionales es por ficcion, y que esta no obra, ni tiene efeto quando es en perjuyzio de tercero, a quien en el intermedio tiẽpo se ha adquirido derecho; ni quãdo falta (como dizen en nuestro caso faltò) el extremò à quo que se requiere, iuxta *l. necessario, §. quod si pendente, ff. de peric. & commod. rei vendit. l. quoties, ff. de nouation. l. bonorum, ff. rem ratam haberi.*

32 ¶ Porque se satisfaze. Lo primero, conque el obrar los contratos cõdicionales desde el tiẽpo de su celebracion, existente postea conditione, y juzgarse, como si desde su principio huuierã sido pu

ros,

ros,no es en virtud,o fuerça de retrotraccion, porq̃ no se necessita desta ficcion,sino porque como cessa por la existencia de la condicion,la priuaciõ que auia de la puridad del contrato; tanquam priuatione,& impedimento cessante, & remota illa vmbra, se halla luego el contrato puro, y habil para obrar desde su principio:vt rectè contendit Anton. Fabr. *lib. 15.coniect.c.7. post princip.* donde elegantemente reprueua la ficcion, y retrotraccion que induzẽ los Doctores en los contratos condicionales, ibi: *Sed illud non æque probo, quod addunt conditiones retrotrahi, & si me aliquando, & sæpius ea loquendi formula vsum esse memini; quomodo enim,aut qua arte, quibus denique machinis possis retrotrahere, id quod nihil, nisi nihil est? vulgatum illud est nostrorum brocardicum: nullas esse non entis qualitates,at vt quid sit retrotrahibile qualitas est: efficit enim id quale,non ergò fieri potest,vt conditio, quæ iam extitit, retrohatur cum eo tempore,nec conditio amplius, nec aliud quidquam sit,&c.* idem repetit. *de error.pragmat. decad.10.error.4.num.4.* Y asi,non congruè, se aplican a la existencia de las condiciones las reglas de las ficciones,y retrotracciones.

la Razon porq̃ holgan contractos condicionales desde la celebracion adveniente condicione

33 ¶ Lo segundo,conque lo cierto es,que aũque aya perjuyzio de tercero, y se aya adquirido en el intermedio tiempo derecho a otro,adhuc,la existencia de la condicion obra resolucion de el derecho en el intermedio tiẽpo adquirido a otro; y que el que se funda en el contrato cõdicional deue preferirse,como si verè,& non per fictionem, el contrato huuiera sido desde su principio puro: vt elegãter Paris.*cõs.11.à n.72.& 88.cum seqq.lib.1.*& apertè probatur *in l.qui balneum 9.& in l.potior 11.§.1.ff.qui potiores in pignor.habeantur.* Donde se prueua,que si vno a la seguridad de vn contrato condicional hipotecò vna cosa, y esta despues antes de cumplirse la condicion,la hipoteca,y entrega a otro, aunque en el intermedio tiempo se le adquiriò derecho al otro acreedor,y viene a ser en su perjuyzio la retrotraccion (vt ita cum communi loquamur) sin embargo existente postea conditione retrotrahitur,& præfertur conditionalis creditor, remque auocat ab alio

aunq̃ aya perjuicio de tercero obra la Retrotracion en los contractos condicionales adveniente condit.

creditore, cui tradita erat: por la razõ q̃ dà el Cõsul to *in d.l.potior*, ibi: *Cum enim semel conditio extitit perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.*

34 ¶ Luego de la misma suerte se ha de dezir en nuestro caso: que supuesto, que por la cession, y venta del dicho censo absque alio actu traditionis, por ser derecho incorporal, como la hipoteca: ex Auendañ. *de cens. c. 61. num. 2.* se transfiere todo el derecho, y dominio, aunque la condicion se cumpliesse despues de otorgada la venta del mismo censo en Genoua en fauor de Geronimo Marin: cõ todo por la razon de la dicha *l.potior*, se deue preferir Miguel de Azque, y su contrato ha de obrar desde el tiempo de su celebracion, y no desde el de la existencia de la cõdicion, y aunque dieramos, que se huuiera entregado, y posseyera realmente el dicho censo Bautista Serra (que no possee) pudiera sin embargo auocarlo, y vindicarlo Miguel de Azque.

35 ¶ Y lo dicho tambien se comprueua con la decision del texto *in l.grege 13. §. statu liber.* ibi: *Statu liber quoque dari hipothecæ poterit. licet conditione existente euanescat pignus, l. lex vectigali* 31. (que habla en condicion semejante a la nuestra) *ff. de pignorib. l. vbi autem 6. §. sed & Marcellus, ff. de in diem addictione, l. si res distracta. 3. ff. quib. mod. pign. vel hipothec. soluitur, cap. 1. in princ. de prohibit. feud. alienat.* Quibus iuribus probatur, que purificandose el contrato por la existencia de la condicion, o resoluiendose, que es mas, euanescit, & resoluitur, qualquier hipoteca, o otro contrato, que circa illam rem en el intermedio tiempo se huuieren celebrado, por el efecto, y fuerça de la retrotraccion de la condicion, sin embargo, que se dà perjuyzio de tercero, y derecho en el intermedio tiempo adquirido a otro: comprobant communiter DD. *in dict. ll. Boer. decis.* 181. *num.* 8. Tiraquel. *de retract. conuention. § 3 glos. 1. à num.* 11. Ioan. Garc. *in tract. de resolut. hipothec. rescis. contract. per tot.*

36 ¶ Quinimò, aun en los legados condicionales, en que no se dà retrotraccion, iuxta text. *in l.*

si ma-

si mater, §. eandem, ff. de except. rei iudic. l. 1. §. serui appellatione, ff. ad Silan. cum vulgat. Eueniente tamen postea conditione euanescit, & vitiatur alienatio rei legatæ medio tempore factę, *l. fin. §. sin autem sub conditione, C. commun. delegat. l. si is cui 11. §. hæres, ff. quemadmod. seruitutes amitantur.*

37 ¶ Lo tercero se responde: que no es cierta la segunda parte del argumento cõtrario, videlicet, que deficiente extremo à quo, y no dandose habilidad, al tiempo que se cumple la condicion, cessa la ficcion, y no puede darse retrotraccion; porque esto se conuence con la decision del texto *in l quadam 16. ff. de reb. dub.* vbi dicitur, quod ex futuro euentu agnitionis, seu repudiationis legati, pẽde el valer el mutuo del dinero legado hecho por el heredero; porq̃ si el legatario lo repudia, vale el mutuo, virtute retrotractionis, por juzgarse, q̃ siẽpre ha sido del heredero el dinero: y esto dize el Cõsulto procederà, *quãuis tẽpore repudiationis consumpta sit pecunia*: siendo asi, que si tunc consumpta erat, necessariamente se ha de reconocer, que faltò el extremo à quo; pues no auia ya en que el mutuo pudiesse consistir ob defectum, & consumptionem pecuniæ: melior text. *in l. in ratione 11. § si seruus, ff. ad l. falcid.* donde se dà la retrotraccion, aunque al tiempo de la existencia de la condicion sea muerto el esclauo, cui sub conditione libertas fuerat data; y consiguientemente falte el extremo à quo: text. etiam *in l. si filius familias 78. ff. de verbor. oblig.* donde aunque al tiempo que se cumple la condicion falte el extremo de la patria potestad necessaria, vt patri acquiratur; tamen ei acquiritur, teniendo consideracion solo al tiempo de la celebracion del contrato: & ad idem conducunt text. *in l. proponebatur. ff. de Castrens. Pecul. & in l. si exheredatus, ff. ad Silan. l. si dominus, §. 1. l. Titio, cum l. seq. ff. ad l. Aquil. l. sed etsi quis stipuletur, §. 1. cum l. seq. ff. de vsufruct.* En cuyas especies fictio retrotractionis datur, aunq̃ falte el extremo à quo, por ser muertas las personas, cuya existencia fuera necessaria, si dictum extremũ ad fictionem, retrotractionemque inducendam require-

quire-

quireretur: y assi, aunque en nuestro caso diessemos que faltasse (que no faltò) el extremo à quo, por estar enagenado al tiempo de la existencia de la condicion el dominio en Geronimo Marin; no por esso se impidiera la retrotraccion, y dexara de obrar el primer cõtrato otorgado en fauor de Miguel de Az que, tanquam si à principio purè fuisset celebratus.

38 ¶ A q̃ no obstã los textos *in l. necessario, §. quod si pendẽte, ff. de peric. & com. rei vẽdit. l. quoties, ff. de nou. & in l. bonorũ, ff. rem rat. haber.* referido supra nu. 31 porq̃ en la especie del dicho § *quod si pendente in fine*, lo que principalmente se dudò, no fue tanto cerca de la retrotraccion de la condicion, como del peligro de la cosa vendida por cuya cuenta auia de ser. Y responde el Consulto; quod si res deteriorata est, correrà el peligro por el comprador, porque desde el principio se juzga perfeta, y consumada la venta: pero si omnino res extincta est, entonces correrà por cuenta del uendedor, y no del comprador: y la razon es, porque como los contratos, iuxta intentionem, & mentem partium, debeant solùm operari, *l. 1. §. si conuenerit, ff. deposit. l. non omnis, ff. si cert. petat.* videtur esse præter intentionem agentium, que el comprador no llegando a entregarsele la cosa, ni a gozar de ella, ni estando por su culpa, o mora el llegar a tener consumacion y efecto el contrato padeciesse tanto daño, y que se quisiesse obligar a pagar el precio, sin entregarsele parte alguna de la cosa vendida, por hallarse extinguida toda: nõ autẽ nouũ, & insolẽ est, q̃ aũ en los cõtratos puros, & omni modo cõsumados ratione ęquitatis, y por la correspectiuidad q̃ tiene el precio con el gozo, y aprouechamiento de la cosa, se haga la misma distincion, de si la extincion es en todo, o en parte, vt in emphiteusi tradunt DD. *in l. 1. C. de iur. emphit. & in §. adeò, Instit. de locat.* & probatur *in l. 28. tit. 8. par. 5.*

39 ¶ Y menos obsta el texto *in l. quoties, ff. de nouat.* porque su razon de decidir fue, que como la nouacion non potest subsistere nisi stipulatio committatur, iuxta *l. nouatio, ff. eod.* y alli no llegò a cometerse

meterſe la eſtipulacion por auer faltado pendente cõ ditione la coſa, ſine qua ſtipulatio nõ poterat conſiſte re, nec commiti, ideo, aunque ſe cumplieſſe la condi cion, no pudo auer nouacion, y eſto es lo que princi- palmẽteſe dudo en el dicho texto, y no ſi ſe podia dar retrotraccion, o no.

40 ¶ Y la razon tambien del texto in *dict. l. bonorum 24. ff. rem ratam haber.* no fue por faltar el eſtremo a quo, y porque eſte fueſſe neceſſario para la rati habicion, y retrotraccion della, ſino por la culpa de no auer pedido, ni ratificado la bonorum poſſeſsion dentro de los cien dias que ay para pedirla; porque eo ipſo que los dexó paſſar, videtur tacite repudiaſſe, *l. 1. §. ita autem, ff. ſi tãtubulæ teſtamenti nou extabunt, l. alienationis, in princip. ff. de verbor. ſignificat.* Y aſsi entẽ dieron el dicho texto la gloſſa in *l. ſi ego, ff. de negot. geſt.* Din. *in cap. ratihabitionem, de regul. iur. in 6.* Cinus, *in l. fin. C. ad Macedon.* Angel. *in l. ſi is qui pro emptore, col. 4. ff. de vſucapion.* Y eſto ſe comprueua con la vltima parte del texto, pues en el ſe dize, que aũque mortuus ſit, vel furere cæperit qui bonorum poſſeſsionem petijt; y aſsi falte eſte eſtremo, adhuc, ſe puede ratificar & ratihabitio plenè operatur. De ſuerte, que antes por eldicho texto biene a probarſe claramente nueſtro in tento, y que no es neceſſaria la habilidad del eſtremo a quo, como claramente lo ſiente el Conſulto, oponiendoſe de ello.

41 ¶ Lo quarto ſe ſatisfaze, con que en nueſtro caſo no faltó omnimodo el eſtremo á quo, al tiẽpo de la exiſtencia de la condicion, hoc eſt, el dominio y acciones al dicho cenſo en Alexandro Grimaldo, vendedor y cedente; porque en el ſiempre eſtuuieron y quedaron el dominio y acciones directas, cũ hæ tanquam oſibus affixe ſeparari, aut cedi ab eo, nõ poſsent, *l. quis ergo caſus, in fin.* & ibi gloſſ. & Paul. Caſtrenſ. *l. ſi ſticho,* vbi quoque, *gloſſ. ff. de pecul. gloß. in l. 3. in princip. ff. pro ſotio,* DD. per text. ibi *in l. 3. C. de nouat.* Alberic. & cæteri, *in l. ex legato 18. C. de legat.* Tiraquell. *de retract. lignag. §. 26. gloſſ. 1. nn. 55.* Donel. *lib. 15. commentar. cap. 43.* & ibi Oſſuald. *litter I.* Y aſsi aũ-

en el cediente [illegible]
las acciones directas
pues la cession [illegible]
ella se transfiere
util y en el cesionario

q̃ vuiera trãsferido las vtiles por la segũda sucessiõ, siẽpre las directas quedarõ en el, inseparables. De suerte q̃ no estuuo impedido de poder despues ceder el exercicio dellas, y de cobrar y trãsigir, y hazer otro qualquier acto cerca del dicho cẽso, *d.l.3.C.de nouat.l.si.ff.de transactionib.* Bartol. *in l. non quocumque, §. qui Caium, num. 1. ff. de legat. 1.* quem ibi communiter omnes sequuntur Salicet. *in l.1. quæst. 19. C. de obligat. & act.* Afflict. *decis. 335. num. 22. cum seqq.* Cagnol. *in l. 2. num 203. C. de pact. inter emptor. & venditorem.* Osascus, *decis. 63. per tot.* Alexand. Trentacinq. *lib. 3. variar. titu de solut. resol. 15. post med.*

42 ¶ Y para que se verifique y diga, que no falta el estremo à quo, aun segun la opinion de los q̃ lo requieren, vt retrotractio possit locum habere, basta que quomodocumque dentur extrema habilia, etiam potentialiter, vt per text. *in l. Gallus 29. §. si eius, ff. de liber. & posthum.* tradit Bart. *in l. si isqui pro emptore, num. 8. ff. de vsucap.* donde interpreta, y entiende assi la *l. potior*, y la *l. qui* Balneum, *ff. qui potiores in pign. habeant.* his verbis. *Hoc etiam patet in fictione, quæ est quòd hærede adeunte fingitur retro a die mortis fuisse dominus, & istud extremum ad quod erat habile solum in potentia; HOC ETIAM PATET IN FICTIONE QVAE EST IN L. POTIOR, ET L. QVI BALNEVM SVPR. QVI POTIORES, &c.*

43 ¶ Et confirmatur, cõq̃ aunque es controuertido si el que haze vna venta condicional con clausula assimismo de constituto condicional, por la venta que en el intermedio tiempo despues haze contradicion real de la cosa, impedira que existente postea conditione, no venga a obrar el constituto puesto en la primera venta, y que assi se aya de preferir el segundo comprador, cui ante euentum conditionis res tradita fuit. Y muchos lleuan la opinion afirmatiua, estos mismos la limitan quando la tradicion hecha al segundo no es real y corporal, sino ficta per clausulam etiam constituti puri. Y la razon es, porque aunque parece que por el segundo coustituto puro interpuesto pendente conditione, se transfirio el dominio, y posses-

possession, iuxta *l. quædam mulier, ff. de re iudic. l. quamuis, §. 1. ff. de acquirend. posses.* cum late congestis à Tiraquell. *de iur. constit. in princip. à num. 2. & ampliat.* 1. con que al tiempo de la existencia de la condicion de la primera venta y constituto, se halla ya en poder de tercero, & videbatur deficere extremum à quo, cõ todo porque no está el vendedor totalmente despojado de la cosa, y por aquel rastro que ha quedado en el de la detentacion, esto basta para que adueniente postea conditione, obre el primer contrato y constituto condicional, y se aya de preferir al segundo, vt cum Ancharran. *consil. 291. super pluribus, num. 5. in fin.* tradit Tiraquell. *de iure constitut. part. 2. ampliat. 17. num.* 8. ibi: *At hoc tamen declarabis duobus modis; primò, vt procedat si res fuerit alteri re ipsa tradita, secus si ficté, verbi gratia, per aliud constitutum, vel per conductionem ab alio receptam, nam tunc non fit præiuditium ei, cui possessio quærenda est eueniente conditione, vt expresse, & in illo casu cõductionis cum ea species ex facto contigisset consuluit Petr. Ancharran. &c.*

44 ¶ Sed ne per mendicata sufragia eamus, de los que hemos visto, los que en nuestros propios terminos, decesiones de derechos incorporales, han tocado la question, videlicet, si el primer cessonario cõdicional se preferirà al segũdo, cui medio tẽpore cessio fuit pure facta, todos han resuelto por nuestra parte en fauor del primer cessonario, si postea conditio existat; el original fue Baldo, *consil. 248. præsuponendum est, lib. 3.* el qual mouiendo la duda de si en la especie del caso en que fue consultado, se preferiria el primer cessonario, cui cessio facta erat sub conditione, & in euentum euictionis quarundã rerum emptarum, al segundo, cui illo intermedio tẽpore pure cessio etiam facta fuit eorundem iurium, inquit. *Num. 1. & tunc esset videndum cum iura sunt cessa pluribus, quis sit potior, & lex dicit, quod primus cessonarius, quia ius semel cessum iterum cedi non potest, ff. de legat. 1. l. non quocumque, §. qui Gaium, & ibi per Iacob. de Aretio, & Bart. illud est verum si cessio est pura, SED SI CONDITIONALIS, VT EST HIC: IN PENDENTI*

AEQVE

AEQVE VALEAT, *ff. SI CERT. PETAT. L. PECVNIAM*, *&c.* De suerte, que siendo la cesion primera condicional, juzgò Baldo, que se auia de dezir lo mismo que en la pura, y que estaria pendiente ex futuro euentu conditionis, porque si se cumplia, obraria, y se preferiria a la segunda, tanquam si á principio purè celebrata fuisset, vt in *l. pecuniam*, quam allegat.

45 ¶ Sic eum intellexit, & sequutus est Cardinal. Tusch. *litera C. conclus.* 183. *num.* 4. *tom.* 1. ibi: *De clara nisi prima cesio esset conditionalis, vel ob causam non sequutam facta, quia si neque conditio, neque causa extitisset, posset fieri secunda cesio; si tamen fiat pendente conditione, expectandus est euentus, quia is præfertur secundum conditionis existentiam, vel non existentiã, Bald. dict. consil.* 248. *circa med. versi. Si veró præcesit, lib.* 3.

46 ¶ Sequitur etiam remisiué Vincent. de Franch. *decis.* 75. *num.* 1. ibi: *Bald. pulchre distinguens in cesione pura conditionali, & ad plures efectus facta in consil.* 248. *præsuponendum est, vol.* 3. *&c.*

47 ¶ Y en terminos de dos concesiones cuiusdam castri, hechas por su Santidad a personas diuersas, la primera condicional, y la segunda en el intermedio tiempo pẽdente conditione, que si despues se cumple la condicion, se aya de preferir el de la primera concesion condicional, por juzgarse auersele adquirido y trãsferido el dominio desde el tiempo de la cõcesion, & non ex tempore existentis conditionis: es celebre el consejo 11. de Paulo Parisio, *lib.* 1. *per totum*, donde auiendose opuesto desde el num. 1. hasta el 36. de todos los fundamentos que de contrario se traen y pueden traer, luego desde el *num.* 37. *cum sequentibus*, maximé, *ex num.* 58. *&* 61. *vsque ad* 67. funda nuestra resolucion, y queda con ella; y desde el *nu.* 67. hasta el fin, por mas de quarenta numeros, satisfaze a los fundamentos contrarios, tan lata y exactamente, que nos pudieramos escusar de escriuir este papel con sola su relacion. Y asi suplico a V. S. y a estos señores se siruan de passar los ojos por el, que con solo este consejo nos prometemos el buen sucesso deste pleyto.

48 Y

48 ¶ En nuestro caso procede todo lo dicho sin dificultad, suponiendo, que aunque el contracto sea condicional, si al principio, aut postea pendente c n litione, interuiene tradicion, o otro acto translatiuo de dominio, statim se transfiere sin esperar a la existencia de la condicion; porque basta el derecho, o esperança tan considerable que se juzga adquirido ex contractu conditionali, iuxta *tex. in §. ex conditionali, inst. de verbor. oblig.* vt vestita, & non nuda censeatur traditio, & sic transferat dominium, vt probat text. *in l. dotis fructus, 7. § fin. cum l. sequenti, ff. de iur. dot.* Donde aunque la promesa de dote siempre es condicional, si nuptiæ sequentur, *l. item quia, §. 1. ff. de pact.* con todo si las cosas dotales se entregã ante nuptias sequutas, se transfiere statim el dominio; y si falta la condicion, no se dà reiuendicacion, sed condictio tanquam personalis, *l. 1. §. est quæstio, ff. de vsucap. pro dote, l. sub conditione, 16. ff. de solut.* ibi: *Nec obstare quod ante eius pecunia facta est*, vbi notant glos Bart. & cæteri, idem Bart. in *l. 1. §. si vir vxori,* circa finem, vbi etiam Alexand. & cęteri, maximè Ioan. Bolognet. *a n. 67. ff. de acquir. poss.* eleganter Baldo, *cons. 478. n. 2. lib. 1.* ibi: *Et insuper considera, quod nulla conditio impedit principium essentiæ contractus, quandò venitur ad traditionem, &c. Nisi conditio sit inserta ipsi traditioni, vt dictis iuribus patet,* copiose Tiraq. *de retr. lignag. §. 1. gl. 2. n. 28.* cum duobus seqq. Gratian. *discept. 317. n. 30.* Ant. Gom. *in l. 45. Tau. n. 93.*

49 ¶ Lo qual no solo tiene lugar en las cosas corporales, y tradicion verdadera dellas, sino tã bien en las incorporales, y en qualquier acto que aya de tradicion, aunque sea ficto, vt notat glos. in l. *seruitutes ipso iure*, verbo, *sub conditione*, post princip. *ff. de seruitutib.* vbi eam sequitur Castrens. dicens singularem, & menti tenendam, Bald. *d. cons. 478. n. 2. lib. 1.* Francisc. Aretin. *in d. l. 1. §. si vir vxori. ff. de adquir. possess. col. penultim.* vers. *Tertio adde*, & ibi etiam Bolognetus. n. 68. qui hoc extendit ad traditionem factam ab ignorante, Anton. Gom. *in l. 45. Taur. nu. 93. post med.*

50 ¶ Et in dubio, si no es que conste de lo contrario, siempre, aunque el contrato sea condicional, los actos de tradicion obran desde luego, y se juzgan hechos con animo de transferir desde luego el dominio, vt probat tex. in *l. sed nisi, 8. ff. de iur. dot.* ibi: *Sed nisi hoc euidenter actum fuerit credendum est hoc agi, vt statim responsi fiant, d. l. 1. §. 1. ff. de vsucap. pro dote*, ibi: *Si tamen non euidenter id actum fuerit, credendum esse id agi, Iulianus ait, vt statim res eius fiant, &c.* notant glos. magna, & omnes, in *d. l. sub conditione 16. ff. de solut. & in d. l. 1. §. si vir vxori, ff. de adquir. posses.* Anton. Gom. *in d. l. 45. Taur. n. 93. in fin.*

51 ¶ Conforme a lo qual es cierto en nuestro caso, que el dominio del dicho censo se transfirio desde luego que se otorgò la dicha cedula, sin esperar a la existencia de la condicion, porque desde luego cedio Alexandro Grimaldo todos sus derechos en Miguel de Azque, y quiso claramente que la cession statim obrasse, como parece de las palabras della, ibi: *Desde luego para entonces doy poder y cession, &c.* y la diccion, *desde luego para entonces*, latinè, *ex tunc, prout ex tunc*, obra que la disposicion tenga efeto desde luego, iuxta text. in *l. huiusmodi stipulatio 64. l. si ita stipulatus fuero 126. in princip. ff. de verbor. obligat. l. lecta in fin. ff. si cert. petat. gl. in Clem. 2.* vers. *Ex tunc de hæretic.* vbi quod constitutio in qua adest illa clausula, statim ligat à tempore promulgationis, Bald. *in c. 1. à n. 16. de milit. vassal. qui contumax. in vsib. feudor.* Tiraq. *de retract. conuent. §. 2. gl. 1. n.* 86. Petr. Surd. *cons. 179. n. 12.* Cened. *singul. 14. n. 1.* Y que el dominio se juzgue y tenga por transferido desde el tiempo de la celebracion del acto, Bart. *in l. qui absenti, §. 1. ff. de acquir. poss.* vbi etiam cæteri DD. & in *d. l. huiusmodi, ff. de verb. oblig.* Franch. *decis. 213. n. 1.* Camil. de Medic. *cons. 99. n. 49.*

52 ¶ Quod optimè comprobatur con lo que sucede en el constituto, que aunque no puede obrar quando post mortem confertur, vt omnes tradunt, *in l. quamuis, §. 1. ff. de adquir. posses.* con todo esto cessa quando interuiene (como en nuestro caso) la clausu

la,

la, *ex nunc prout ex tunc*, porque entonces se juzga tener efeto desde luego, aunque el contrato aya de obrar despues de la muerte, maximè si est etiam conditionalis, vt eleganter tradunt Alex. *cons.* 83. *lib.* 6. Guid. Papa, *decis.* 268. Ias. *cons.* 147. *lib.* 2. *col.* 9. *in princip.* optimè Negusant. *de pignor.* 2. *p. memb.* 2. *n.* 4. *&* 5 Crot, *in l. si is qui pro emptore, n.* 52. *ff. de vsucap.* Dec. *in l. contractus, n.* 12 *ff. de reg. iur.* Cabalin. *mileloquio* 554 *p.* 2. Neuisan. *cons.* 82. *n.* 25. *in fin.* Vrsil. ad Afflict. *decis* 335. *n.* 5. Tiraquel. *de iur. constitut.* 3. *p. limitat.* 2. *á num.* 14.

53 ¶ Mayormente manifestandose en nuestro caso la voluntad de las partes por todo el contexto de la cedula, maximè ibi: *Empeçandole a gozar en primero del dicho año de 1631. en adelante, sacando de ellos recaudos a su nombre, o de quanto el quisiere, &c.* Et infra. *Haziendole señor de los dichos quinientos ducados de renta, &c.* Con que se conoce con euidencia, que Alexandro Grimaldo quiso que la cession tuuiesse desde luego efeto, y transferir el dominio, y que como señor del dicho censo entrasse Miguel de Azque gozando de sus reditos, y sacando los titulos y recaudos del desde principio del año de 1631. que era antes mucho que se otorgasse la venta y cession en Genoua en fauor de Geronimo Marin, y que se huuiesse cumplido la condicion, pues su existencia y cumplimiento auia de ser en caso de no auer cobrado en todo el año de 31. de los bienes de Rodrigo de Tapia.

54 ¶ Y asi supuesto que segun lo referido, la dicha cession otorgada en fauor de Miguel de Azque tuuo efeto desde luego, y por ella se le transfirio el dominio del dicho censo, o a lo menos desde primero de Enero de 1631. no viene a ser de consideracion el que la condicion se cumpliesse despues de otorgada en tres de Abril de 1631. la venta y cession en fauor de Geronimo Marin, pues antes que se otorgasse estaua transferido en Miguel de Azque el dominio del dicho censo, con que no pudo ser en su perjuyzio de efeto alguno la dicha segunda cession

sion y venta: de que se vale Baptista Serra, iuxta tradita, fere in terminis per Parisi.*d.cons.*11.*n.* 66. *lib.* 1. & in simil. specie per Anton Gom.*in l.* 45. *Taur. nu.* 93 ibi: *Aduertendum tamen, quod hoc nouiter intelligerem, quando prima venditio, & contractus fuit conditionalis, & similiter clausula constituti in eo posita, secus tamen crederem si venditio ipsa fuisset conditionalis, tamen clausula constituti fuit pura, & de præsenti: quia tunc transfertur possessio, & per consequens dominium in primum emptorem, & ipse debet præferri, &c.*

55 ¶ Y no obstarà a lo dicho la decision de el text.*in c.si pro te*, 13.*de rescript.lib.*6. Donde se dispone, que si su Santidad haze gracia de vna Prebenda a vno sub aliqua conditione, y antes que esta se cumpla, despues haze puramente gracia de la misma Prebenda a otro, quamuis postea conditio existat, adhuc præfertur is, cui secunda gratia purè facta fuit pendente conditione.

56 ¶ Porque se responde, que la decision de el dicho texto procede en causas beneficiales, y letras graciosas, en que ay diferente razon que en los contractos, porque se asimilan las dichas grrcias, potius vltimis voluntatibus, in quibus retrotractio non datur, vt supr. diximus. Y assi no se puede induzir, ni traer por consequencia ad contractus conditionales, in quibus alia ratio, diuersumque ius cōstituitur, vt notabiliter tradidit Petr. de Ancharr. *in Clement. cum ei quem, de concess. Præben. col.* 7. vers. *Quid d'cendũ* Ioan. Crot. *in l. si is qui pro emptore, ff. de vsucap.* & eos referens Paul. Paris. *d. cons.* 11. *n.* 76. *lib.* 1. Archidiacon. *in d. c. si pro te*, vers. *Ex hac decretali*, Anton. Gabr. *commun. lib.* 6. *tit. de Præbend. conclus.* 2. *numer. fin.*

57 ¶ Demas que ay tambien diferente razõ en las dichas gracias que en los contratos, por que en las causas beneficiales es licito, y puede su Santidad ad libitum, siempre reuocar qualesquier letras graciosas que aya concedido, y assi como por la cõcession de la segunda gracia fue visto, y pudo su Sãtidad reuocar la primera, ideo quamuis postea cõditio

ditio existat, non poterit præferri is, cui prima gratia concessa fuit: quod non euenit in contractibus, licet conditionalibus, in quibus partes inuitis alteris, non possunt se ab obligatione eximere, nec quoquo modo ei præiudicium inferre per posteriorem contractum: vt optimè obseruauit glossa, *in d.c.si pro te*, verb. *Si ad id*, ibi: *Sed ibi non erat in potestate contrahentis primo sub conditione contractum conditionalem facere, postea purè contrahendo reuocare; sed hic secus, quia in potestate Papæ concedentis, erat conditionalem gratiam facere, & etiam in totum tolere, si voluisset. infra de conces.præbend.c.penult.& vltim.* quam ibi sequuntur Ancharr. Geminian. Philip. Frãc. & cæteri DD. etiam in *d.clement.cum ei quem de conces.præbend.* optimè Paul. Paris. *d.cons.11.à numer.77. cum sequentibus, lib.1.*

58 ¶ Accedit etiam, que la decision del dicho texto se entiende tãbien, quãdo la cõdicion de la primera gracia fue potestatiua, secus verò si est (vt in nostro casu) casualis, aut mixta, tũc enim etiã in præiudiciũ tertij cõditio retrotrahetur, vt tradunt Geminia. *in d.c.si pro te, vers. Nota quod vbi actus suspenditur.* Ancharr. *cõs.158.n.20.* & expresius Rot. *in nouis.decis. 12.tit.de conces.præbend.n.3.* Imol. *in l.si is qui pro emptore, n 21.post med.ff.de vsucap.* & alij relati ab Anton. Gabr. *d.concl.2.n.4.& 6.*

59 ¶ Y tambien se limita, quãdo en la gracia condicional ay (vt etiam in nostro casu) la clausula *ex nunc, prout ex tunc*, o otras semejantes retrotractiuas, vt post Rot. Capel. Tolosan. Staphil. Felin. & alios tradit Anton. Gabr. *d.concl.2.n.7.* ibi: *Tertio limita nisi in gratia conditionali esset apposita clausula retrotractiua, quia tunc operaretur etiam in præiudicium secundi, cui pure gratia medio tempore facta est ante conditionis existentiam, &c.*

60 ¶ Prætereà, quando todo lo que hemos dicho cessara, adhuc, se deuia preferir Miguel de Azque, porque a Geronimo Marin, y consiguientemẽte a Bautista Serra no se les adquiriò, ni pudo el dominio del dicho cense, ni tienen mas que vna acciõ

personal; porque el poder que Iuan Bautista Grimaldo tenia de Alexandro Grimaldo para vender el dicho cēso quedò reuocado, eo ipso, que antes de auer vsado del, y celebrado la venta, hizo acto contrario Alexandro Grimaldo, vendiendo, y cediendo el mismo censo a Miguel de Azque: argumento text. *in c. non iniuste de procurat. l. si remunerandi, §. si tibi mandauero, ff. mandat, l. rem legatam, ff. de adimend. legat. cum similibus*, & in terminis tradunt Roman. *cons.* 374. *à n.* 2. & ibi Mandos. Crescent. *decis. Rotæ* 171.

61 ¶ Y aunque parece que esta reuocacion se deuia intimar, y hazer saber a Iuan Bautista Grimaldo, mandatario, y que de otra suerte no pudo obrar, ni impedir la venta, que en virtud del dicho poder se hizo: ex regul. text. *in c. mandato. de procurat. cum similibus*. Esta regla se limita, y no procede en quanto a la translacion del dominio, por el contrato, o acto que se haze en virtud del poder assi reuocado: porq̃ aunque la reuocacion no se aya intimado al mandatario, y el contrato sea valido en quanto a obligar al mandante actione personali, non vero ex eo transfertur dominium; porque como al tiempo de la celebracion del dicho contratò faltò la voluntad del señor, y sin que esta concurriesse tunc temporis, dominium transferri non potuit: iuxta *l. id quod nostrū, ff. de reg. iur.* aunque pudiesse el mandatario obligarle, no pudo transferir el dominio: vt probat text. optimus *in l. si pater* 4. *ff. de manumis. vindict. l.* 1. *§. si quis rem, ff. de except. rei vend. non trad. l. eius qui in prouincia, §. quas vero, ff. si cert. petat. l.* 2. *§. sed si quis donaturus, ff. de donat. Glos. in clement. vnic. de renunciat. verb. teneat*, ibi: *Distinguunt, si actus gerendus est talis, ad cuius esse requiritur voluntas domini, tunc vt non valeat actus sufficit reuocatio sine certioratione, exemplum in translatione dominij rei meæ, &c.* Eleganter Cin. *in l. mandatum, num.* 4. *C. mandat.* Bald. Angel. & alij *in l. si quis prohibuerit* 16. *ff. de publician.* Paul. Castrens. *in d. l. eius qui in prouincia, §. quas verò*, Imol. *in c. ex parte Decani, de rescript.* vbi etiam latè Felin. *nu.* 14. asserens hanc limitationem

com-

communiter receptam, Anton. Gom. 2. *tom. variar. cap. 4. n. 3.*

62 ¶ Y no auiendose podido transferir dominio por el dicho contrato de vẽta otorgado por Iuã Bautista Grimaldo en fauor de Geronimo Marin, no ay causa que impida la retrotraccion de la condicion, y cessa todo el fundamento contrario: y aunq̃ dieramos que tampoco por la existencia de la condiciõ no se auia adquirido el dominio a Miguel de Azque (que no es cierto) ninguno lo tuuiera, y vinieran oy a pretender en virtud de sus contratos por vna accion personal, o hipotecaria, y fuera sin duda preferido Miguel de Azque, *ex d. sup. n.*

63 ¶ Y vltimamẽte no se podrà dezir por Bautista Serra, que deue ser preferido por ser su contrato oneroso, y no lo ser el de Miguel de Azque: ad tradita per Bald. *in rubric. C. de reuocand. his quæ in fraud. creditor. in princ.* & per Anton. Gabr. *de empt. & vendit. concl. 2. n. 32.* Porque se responde, que tambien fue oneroso, y de compra, y venta el de Miguel de Azq̃, pues aunque todo el censo se huuiera dado in solutum, no por esso se dexara de juzgar contrato oneroso, y de compra, y venta, cum datio in solutum, & venditio appari procedant, *l. eleganter, ff. de pignorat. act. l. si prædium 4. C. de euict. l. pretij causa, C. de rescindẽd. vendit.* cum latè adductis à Brunor. a Sole, *in compendio resolut.* verb. *venditio.* Alexand. Ludouis. *decis. 425 n. 9.* & in terminis nostris obseruant Paul. Paris. *cons. 11. á n. 41. lib. 1.* Anton. Gabr. *d. concl. 2. n. 14.* Philip. Port. *lib. 2. commun. reg. 40. vers. Vndecimo amplia*: mayormente quando consta està ya acabado de pagar todo el precio por Miguel de Azque, aunque no era necessario, cum sufficiat habitam fuisse fidem de pretio, *ex §. venditæ, Instit. de rer. diuis.* Anton. Gabr. *d. conclus. 2. n. 53.* Philip. Port. *d. reg. 40. in fin.* y no constãdo auer pagado Geronimo Marin, ni Bautista Serra marauedis algunos, mas que por la confession de Iuan Bautista Grimaldo mandatario, ni quando algo huuiessen pagado, que lo aya recibido, ni conuertidose

tidose en vtilidad de Alexandro Grimaldo.

Ex quibus omnibus clarè apparet, deuer ser preferido Miguel de Azque, y que es mejor su derecho y titulo, que el de Bautista Serra: y assi se ha de declarar pertenecerle el dicho censo, reuocando las sentẽcias de vista, y del inferior. Prout speramus iudicandum; Salua in omnibus D.D.V.C.

El Lic. Pedro Muriel de Berrocal.